Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Indeſſen iſt dieſe Alimenten- oder Almoſennatur immerhin nicht mit voller Beſtimmtheit erwieſen und ſo wird abgeſehen hievon, auf keinen Fall an der rechtlichen Möglichkeit der Verpfändung gezweifelt werden dürfen, da ja dieſe nach dem Vorigen ſelbſt für den Uſus vorhanden iſt. Aus dem gleichen Grunde wird auch die Verpfändbarkeit der Operä nicht zu beanſtanden ſein.

XI.

Ueber den Eid als Beweismittel.

Von

Herrn Dr. **T. Brackenhoeft,**

Privatdocenten in Heidelberg.

(Schluß des Aufſatzes Nro. I. im vorigen Hefte.)

§. 9.

In Anſehung des deferirten Eides gibt es indeß gegen deſſen Zuläſſigkeit als Schiedsmittel keinen andern Grund, als den, daß er Beweismittel ſei [1]). Der Grund reicht aber begreiflich nicht aus, ſo lange man nicht nachzuweiſen vermag, daß er nur Beweismittel ſei; und das Ausgeſchloſſenſein des deferirten Eides zur Feſtſtellung juridiſcher Momente, wird auch in der That nicht von allen Vertheidigern der herrſchenden Anſicht mit Entſchiedenheit angenommen [2]). Inſofern man aber einen deferirten Eid über rechtliche Momente nicht verwerfen kann, inſofern kann man auch einen deferirten Glaubenseid nicht als unzuläſſig betrachten; alſo

1) Dieſen Grund führen an: Grolman Theorie §. 92. Gensler Comment. II. S. 15. Nr. 12.

2) Vgl. auch Bayer Vortr. S. 516. (390); v. Linde Lehrb. §. 302. not. 14. 15.

wenigſtens als Schiedsmittel nicht. Es frägt ſich demnach nur: ob der deferirte Glaubenseid als Beweismittel zuläſſig ſey? Für dieſe Frage erſcheint, ſofern es ſich um den Schwur des Deferenten und Relaten handelt, eine gewöhnlich freilich in den Hintergrund tretende [3]) Regel von Bedeutung, nemlich die: daß niemand ſich auf eine Eidesdelation einzulaſſen braucht, wenn er nicht mit Sicherheit referiren kann, d. h. nicht unter derjenigen Garantie, welche zu gewähren der Eid geeignet iſt; ein Fall der Unſicherheit, welcher dann gegeben iſt, wenn ein beſtimmter Grund für die Möglichkeit vorhanden iſt, daß der Deferent ohne die Heiligkeit des Eides zu verletzen, den zurückgeſchobenen Eid unrichtig ſchwöre [4]); es ſei denn, daß der Eid eigne Handlungnen des Delaten beträfe, oder ſolche Momente, die ihrer Natur nach nur Gegenſtand eines Glaubenseides ſein könnten; ſofern nemlich der Delat in Anſehung ihrer dem Deferenten Rede zu ſtehen überhaupt ſchuldig wäre. — Denn in jedem andern Falle kann der Delat, wenn er acceptirt, in der Lage ſich befinden, daß er ein perjurium anceps, einen leichtfertigen Schwur, unternimmt; und es kann dann die Eidesdelation nur dadurch gerechtfer-

3) Denn man pflegt in Anſehung von Thatſachen, von denen beide Theile Wiſſenſchaft haben können, die Delation wie die Relation ſchlechthin zu geſtatten (vgl. Claproth, Einl. in den ordentl. Proz. II. §. 327. Danz, a. a. O. §. 378. Gensler in dieſem Arch. II. S. 11 ff.), ja letztere ſelbſt dann auszuſchließen, wenn der Delat beſſere Wiſſenſchaft von dem zu beſchwörenden Umſtande hat, als der Deferent (Danz, a. a. O.); wenn man auch zuweilen dies richtiger auf den Fall beſchränkt, wenn von eignen Handlungen des Delaten die Rede iſt (Reinhardt, Handb. II. §. 152). — Darnach muß alſo der Delat auch auf einen Eid über Thatſachen von denen weder er noch der Deferent als Urheber ausgegeben worden, ſelbſt dann ſich einlaſſen, wenn letzterer überall keine eigne Wahrnehmung derſelben behauptet.

4) Das nemlich wird man unter der Sicherheit der Relation nicht verſtehen wollen, daß der Relat nicht ſchwöre. Vgl. Gensler in dieſ. Arch. II. S. 16.

tigt werden, daß er mit Gewißheit über jene Garantie den Eid referiren kann. Die entſcheidende Stelle enthält folgenden Fall: der Kläger klagt dahin: reum Stichum sibi dare oportere, und deferirt dem Beklagten, der dies läugnet, darüber[5]) den Eid; dieſer erklärt: er glaube, daß der Stichus geſtorben und er alſo von der Leiſtung befreit ſei; und es wird entſchieden: wenn der Kläger nicht darein willige daß dem Beklagten eine Friſt verſtattet werde, um ſich über den Tod des Stichus zu vergewiſſern, ſo ſei der Beklagte von dem Eide zu befreien[6]), weil er nicht tutus per relationem ſei[7]). Daß nun hier der Kläger, wenn er von dem Tode des Stichus keine Kunde erlangt hatte, ungeachtet des Eingetretenſeins deſſelben mit gutem Gewiſſen ſchwören konnte: reum Stichum sibi dare oportere, und daß eben aus dieſem Grunde die Sicherheit der Relation fehlte, liegt zu Tage. Denn jener Aeußerung des Beklagten, daß er den Stichus todt glaube, kann kein Einfluß auf die Ueberzeugung des Klägers eingeräumt werden. Allein wenn die Unſicherheit der Relation den Delaten von der Einlaſſung auf die Delation befreit; wozu denn die Friſt um Erkundigungen zum Zwecke des Schwures einzuziehen? — Das löſet ſich in folgender Weiſe auf. Auf ein in jure deferirtes jusjurandum

---

5) Vgl. Barth, a. a. O. S. 48. not. 53. Daß hier der Beklagte dem Kläger den Eid über den Tod oder das Leben des Stichus deferirt haben ſollte (Gensler, in dieſ. Arch. II. S. 15), kann in dieſer Stelle nicht gefunden werden. Denn dann könnte von einem Mangel der Sicherheit des Beklagten bei der Relation nicht die Rede ſein. Eher könnte man annehmen, der Beklagte habe dem Kläger ſtatt des Eides: reum sibi dare oportere, den Eid referiren können: Stichum non decessisse. Allein dieſen Eid zu ſchwören hätte man den Kläger wohl nicht genöthigt (vgl. oben §. 5. not. 18), und für unſere Frage würde das Reſultat der Unſicherheit der Relation daſſelbe ſein.

6) L. 34. pr. D. h. t. ... „aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum ut certioretur, et sic juret.“ —

7) L. 34. pr. D. cit. „ex hac causa.“ —

in jus conceptum muß ſich jeder einlaſſen, welcher zur Litis-conteſtation gehalten iſt, und auf ſeine Wiſſenſchaft von dem Verhältniſſe kommt es hier nicht an: jeder der den Anſpruch ſeines Gegners beſtreitet muß, wenn der Kläger es auf den Eid ankommen laſſen und er denſelben zu ſchwören ſich nicht entſchließen kann, ſich den Eid des Klägers gefallen laſſen. Der Eid über das Recht des Klägers und die Verbindlichkeit des Beklagten ſteht hier in Anſehung der Pflicht zur Einlaſſung auf die Delation dem Eide über eigne Handlungen gleich[8]). Daraus erklärt es ſich, daß die Unſicherheit der Relation hier nicht ſchlechthin Befreiung von der Einlaſſung auf die Delation, ſondern nur Befriſtung, um ſelber zum Schwure ſich befähigen zu können, bewirken kann. Wo ein ſolches Verhältniß nicht beſteht, kann auch keine Pflicht des Delaten begründet ſein, einen Umſtand zu kennen, der nicht ſein eignes Factum iſt; und ſomit auch keine Pflicht ſich durch Vergewiſſerung über denſelben zum eignen Schwur zu befähigen; und wenn er nicht tutus per relationem iſt ſo muß dieſer Umſtand eine ſchlechthin befreiende Wirkung haben[9]). Denn daß dieſe ihm ſeiner Natur nach beiwohnt, zeigt ſich darin, daß ihm in dem geſetzlich entſchiedenen Falle eine ſolche für den Fall der Verſagung der Befriſtung zugeſprochen wird; indem in Ermangelung des Bedürfniſſes einer ſolchen Befriſtung deren Verſagung aufhört bedingendes Moment der Befreiung zu ſeyn. — In dem geſetzlich entſchiedenen Fall war der Umſtand, von deſſen Daſein die Richtigkeit des Schwurs abhing, von dem Deferenten gar nicht einmal behauptet worden. Ein ſolcher Fall kann nun

8) Das folgt aus den oben §. 5. angeführten Grundſätzen.

9) Daß das römiſche Recht in Anſehung der Zuläſſigkeit der Eidesdelation kein entſcheidendes Gewicht darauf lege, ob der Eid referirt werden könne (Rizy a. a. O. S. 9), gilt nur, wenn er eigne Handlungen des Delaten betrifft. Vgl. unten §. 10. not. 4. ff.

freilich bei der Delation eines Eides über natürliche Thatſachen nicht eintreten. Zwar iſt es möglich, daß der Deferent das Gegentheil von einer Behauptung des Delaten zu erweiſen hat, und dieſem dann den Eid über die Wahrheit ſeiner eignen Behauptung deferirt. Aber ohne daß der Deferent dieſes Gegentheil zu ſeiner eignen Behauptung macht iſt dies doch nur bei einer Delation über juridiſche Thatſachen denkbar; und auch hier rechtlich unmöglich. Denn wenn der Delat das Gegentheil desjenigen, was zur Begründung eines Prozeßmittels des Deferenten gehört, behauptet; ſo iſt das Geſagte von ſelber klar. Sonſt aber, nemlich wenn der von dem Delaten behauptete Umſtand zur Begründung ſeines eignen Prozeßmittels gehört, kann der Fall nur eintreten, wenn er bloß negativer Natur iſt, oder eine Rechtsvermuthung ihn von der Beweispflicht liberirt. Hier könnte aber von einer Delation über dieſe Behauptungen des Delaten nur unter der Vorausſetzung die Rede ſein, daß er beziehungsweiſe den jenem negativen Umſtande gegenüberſtehenden poſitiven Umſtand, z. B. den unbedingten Abſchluß des Geſchäfts dem eine Bedingung hinzugefügt zu ſein er läugnet, oder die Prämiſſe der Rechtsvermuthung, erwieſen hätte; und dann wäre die Delation deßhalb unzuläſſig, weil der Delat bereits einen Beweis für ſich hätte [10]). Und wo die Rechtsvermuthung nicht auf ein juridiſches Factum geht [11]), da kann überdieß der Beweis des Gegentheils nie eine bloße Verneinung deſſelben zu ſeinem Gegenſtande haben, ſondern nur ein poſitives Andersſein, welches der Deferent als Behanptung aufſtellen muß. Denn die Richtigkeit der geſetzlichen Präſumtion iſt als Regel unumſtößlich, und der Beweis des Gegentheils kann daher nur dahin gehen, daß der vorliegende Fall

10) Vgl. oben §. 7. not. 2. ff.

11) Geht ſie z. B. auf eine solutio (L. 24. D. de probat. 22. 3. L. 25. §. 1. D, eod.), kann dagegen der Beweis auf eine non solutio gerichtet werden.

ein Merkmal an sich trage wodurch er von dem vom Gesetze vorausgesetzten Falle verschieden sei; welches dann immer solcher Art ist, daß es dasjenige zur Gewißheit bringt, was das Gesetz als zweifelhaft voraussetzt und deßhalb präsumirt, wie die Zeit des Todes einer Person, die Conception in Folge des Beischlafs des Ehemannes [12]). Bei dieser Auffassung erledigt sich die particularrechtliche Streitfrage, ob einer Parthei auch über ihre eignen Behauptungen ein Eid zugeschoben werden könne, von selber [13]). Es bleibt also ausnahmslose Regel daß nur über von dem Deferenten selber behauptete natürliche Thatsachen der Eid deferirt werden kann [14]). Dieser Umstand kann aber, da einmal die Anwendung der römischen Grundsätze über die Delation des Eides über das Recht auf die des Eides über die natürliche Thatsache sich geltend gemacht hat, derselben nicht entgegenstehen. Und die Entscheidung unsers Fragments ergibt für diese Anwendung die Regel: daß der Delat in Ansehung der Relation des Eides über Umstände, von denen der Deferent überall keine eigne Kunde zu haben behauptet,

12) Vgl. L. 9. §. 1—4. L. 16. pr. L. 22. L. 23. D. de reb dubiis 34. 5. L. 17. §. 7. D. ad Sctum Treb. 36. 1. — L. 12. D. de statu hom. 1. 5. L. 6. D. de his qui sui etc. 1. 6.

13) Vgl. Rizy a. a. O. S. 54 ff.

14) In Ansehung des Oesterr. Prozesses ist anderer Meinung Rizy a. a. O. Darin wird man ihm allerdings beitreten müssen, daß wenn das Gesetz sagt, daß einer Parthei nur über die von ihr widersprochenen Umstände der Eid angetragen werden könne (Oesterr. G. O. §. 203. Gal. G. O. §. 275), das nicht gegen eine Eidesdelation über Thatsachen an diejentge Parthei redet, welche sie selber behauptet hat. Allein diese Behauptung muß denn auch wirklich Widerspruch, d. h. auf das Gegentheil desjenigen gerichtet sein, was der Gegner seinem Prozeßmittel zum Grunde legt. Und dann wird man nicht mit ihm dahin kommen können (vgl. das. S. 24. ff.) in Beziehung auf die Frage: ob de veritate geschworen werden muß (vgl. unten not. 15.)? den Deferenten hier anders zu behandeln, als wenn sein Gegner jene Behauptungen nicht aufgestellt, sondern bloß ihr Gegentheil verneint hätte.

nicht gesichert ist. Und da das Wesen der natürlichen Thatsache zu einer objectiv genügenden Ueberzeugung von derselben deren eigne Wahrnehmung erfordert, so kann der Delat nur dann in dieser sichernden Lage sein, wenn der Relat einen Wahrheitseid zu schwören gehalten ist[15]). Wenn dieser nun überall nicht behauptet den fraglichen Umstand selber wahrgenommen zu haben, so reducirt sich sein Eid der Sache nach auf einen Glaubenseid; wenn man nicht den schlechthin auf das Sein oder Nichtsein gerichteten Eid dahin versteht, daß der schwörende darüber durch eigne Wahrnehmung Kunde zu haben versichert. Daß nun dieses Verständniß des Wahrheitseides bei jedem Schwörenden vorhanden sei, läßt sich keineswegs annehmen; und sonach ist der Delat nie tutus per relationem, wenn nicht der Deferent eine solche Wahrnehmung behauptet hat und sie dann folgeweise mit beschwört. Ist der Eid hier Beweismittel, so erfordert er auch eine gleiche Wahrnehmung von Seiten des Schwörenden wie die Aussage des Zeugen; und es darf dem Schwörenden nicht die Möglichkeit offen gelassen werden sich, wo er bezeugen soll, beliebig in einen Richter über die Gewißheit zu verwandeln. — Daraus folgt denn, daß derjenige, welcher eine rechtliche Wirkung auf Thatsachen gründet, die er weder selber wahrgenommen zu haben behaupten, noch für Handlungen des Delaten ausgeben kann; sich der Eidesdelation über sie nicht wirksam, nemlich nicht mit der Wirksamkeit den Delaten zu Einlassung darauf zu nöthigen, bedienen kann. Denn in Folge der Relation würde der Ausfall der Sache rein von dem eignen Urtheile des Deferenten und Relaten über die Schlüßigkeit und Beweiskraft der Umstände, auf welche seine subjective Ueberzeugung von der Ge-

15) Es erscheint daher als eine richtige Auffassung der gemeinrechtlichen Principien, wenn das oesterreichische Recht (Rizy a. a. O. S. 130.) von ihm immer einen Wahrheitseid fordert. In Ansehung des gemeinen Rechts ist dagegen Gensler a. a. O. S. 33 ff. —

wißheit jener Thatſachen, die Gegenſtand des Eides ſind, ſich ſtützt, und zwar unbeſchadet der Heilighaltung des Eides, abhängig ſein. Läßt man alſo den Eid nur als Beweismittel zu, ſo kann er nur über die von ihm ſelber wahrgenommenen Umſtände, welche ſeine Ueberzeugung begründen, als Prämiſſen einer künſtlichen Beweisführung, den Eid deferiren; in welchem Falle denn jenes Urtheil über deren Schlüſſigkeit und Beweiskraft in die Hände des Richters gelegt wird [16]). Will man dagegen einwenden, daß in manchen Fällen der Deferent moraliſch von der Gewißheit jener Umſtände überzeugt ſein könne, wo ſie zur juridiſchen Ueberzeugung des Richters nicht ausreichten, und es ihm dann an jedem Mittel fehlen würde, in Ermangelung von eigentlichen Beweismitteln ſeinen Anſpruch zur Entſcheidung zu bringen; ſo ſpricht dieſes Argument nur gegen die Zuläſſigkeit der Eidesdelation, ſo lange man den Eid als Beweismittel betrachtet, und einzig für die Zulaſſung des Eides als Schiedsmittel. Denn eine ſolche moraliſche Grundlage iſt wohl geeignet ein den Beweis umgehendes Schiedsmittel zu geſtatten, nicht aber dazu einem Beweiſe zur Grundlage zu dienen. Und wenn man dem Delaten nicht die dem Gegenſtande des Eides entſprechende Sicherheit für die Relation gewährt, ſo kann auch der Grundſatz: manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre [17]), keine Geltung mehr haben: und der Satz: nec de injuria quaeri potest, cum possit jusjurandum referre [18]), wird unwahr. Der Umſtand daß ein eidesfähiges Subject zu ſchwören bereit iſt, wenn der Delat nicht ſchwören kann, darf als ein Dieſen zur Einlaſſung nöthigendes Moment dann

16) Bloße Angabe dieſer Gründe (Rizy a. a. O. S. 137) würde den Richter noch nicht in den Stand ſetzen, eine Einwirkung geltend zu machen, wenn er ſie für unzulänglich hielte; ſobald der Glaubenseid überhaupt als zuläſſig anerkannt wäre. —

17) L. 38. D. h. t.

18) L. 34. pr. D. h. t.

gar nicht in Betracht gezogen werden, und wenn nicht etwa von seinen eignen Handlungen die Rede ist, muß es in seinem Belieben stehen unter dem Vorwande seiner Unwissenheit jene Einlassung abzulehnen, wenn auch eine Beeidigung dieser von ihm gefordert werden mag [19]).

§. 10.

Während es indeß in Beziehung auf die Relation in der That gleichgültig ist, ob der Deferent selber Urheber der zu beschwörenden Thatsachen zu sein oder nur selber sie wahrgenommen zu haben behauptet; besteht in Beziehung auf die Delation ein Unterschied zwischen Thatsachen von denen der Delat selber als Urheber dargestellt wird, oder welche er nur wahrgenommen haben soll. Wegen seinen eignen Handlungen muß man jederzeit Rede stehen [1]) weil man für deren rechtliche Folgen verantwortlich ist, und das, wiewohl casuelle, Vergessen derselben kann davon nicht befreien. Denn sieht man sich dadurch ausser Stand gesetzt, die imputirte Handlung schlechthin oder eidlich zu läugnen, so muß man diesen casuellen Verlust eines Vertheidigungsmittels selber tragen [2]). Wegen bloßer Wahrnehmungen Rede zu stehen kann man aber nur insofern gehalten sein als es zur Herstellung der Wahrheit erforderlich ist und diese dadurch gefördert werden kann; demnach nur insofern als man sich der Wahrnehmung und ihres Inhalts

19) Vgl. unten §. 10. not. 19 ff. §. 11.

1) Daher fordern denn auch die Gesetze in Ansehung eigner Thatsachen wegen welcher man in Anspruch genommen wird, schlechthin ein Zugestehen oder Läugnen; und zwar bei den Positionen auf zuvor geleisteten Eid (J. R. A. §. 41. 49). Läßt man die im Texte genannte Verpflichtung ausser Acht, so wird man dem Delaten in Ansehung der Behauptungen seines Gegners nie mehr zumuthen dürfen, als einen bloßen Glaubenseid. So im oesterreich. Prozesse. Vgl. Rizy a. a. O. S. 79. ff. S. 124. ff.

2) Arg. L. 155. pr. D. de R. J. „Factum cuique suum, non adversario, nocere debet."

noch erinnert[3]). Die Delation über eigne Handlungen des Delaten muß ihn demnach immer zum Wahrheitseide nöthigen; und zwar ohne daß etwas darauf ankommt, ob er sicher referiren kann oder nicht. Denn hinsichtlich ihrer ist, was man freilich nicht bei allen Prozeßualisten hervorgehoben findet, die Relation ausgeschlossen[4]), wie schon vorhin gelegenheitlich bemerkt wurde. Es erhellt aus Andeutungen daß das prätorische Edict über die Delation eines solchen Eides wenigstens in Beziehung auf die rerum amotarum actio eine Vorschrift gegeben hatte[5]) Wahrscheinlich war sie die einzige, welche einen Zwang zur Einlassung auf die Delation eines in factum concipirten Eides sanctionirte[6]). Daraus erklärt es sich denn ganz von selber, daß ein Ausgeschlossensein der Relationsbefugniß des Delaten in Ansehung eines Eides über seine eignen Handlungen auch nicht in weiterm Umfange ausgesprochen wird. Als eine Singularität für den gedachten Fall kann es aber um so weniger erschei-

---

3) Daß niemand verpflichtet sei, auf das Erinnern eine besondere Sorgfalt zu verwenden (Gesterding, Nachforsch. V. S. 137. ff. und dagegen: Gensler in dies. Arch. II. S. 29. Schmid, Handb. II. §. 163. S. 351), ist, sofern das heißen soll, daß niemand für sein Vergessen verantwortlich ist, um so gewisser, als das Erinnern kein Willensact ist. Allein wo man auch ohne Verantwortlichkeit dafür die Folgen eines solchen Ereignisses tragen muß, nemlich so weit sie eigne Angelegenheiten berühren, kommt darauf nichts an. Die Delation auf solche Thatsachen einzuschränken die nicht „wegen Länge der Zeit vermuthlich schon aus dem Gedächtnisse entwichen" sind (Cod. jur. Bav. jud. XII. §. 2. nr. 1), wird sich also bei eignen Handlungen des Delaten gemeinrechtlich nicht rechtfertigen lassen.

4) Gensler, Handb. V. S. 170. in dies. Arch. II. S. 30. 31. Reinhardt, Handb. II. §. 252. S. 83.

5) L. 11. §. 3. D. de actione rer. amotar. 25. 2. „Si quis delatum sibi jusjurandum referre velit: non videtur praetor permisisse." L. 13. D. eod. „Labeo scribit mulieri non esse permittendum referre jusjurandum: et ita edictum ordinatum videtur."

6) Vgl. oben §. 5. a E.

nen, als die Juriſten den allgemeinen Grund dafür aufſtellen, daß es eine Iniquität ſei, wenn jemand über eine fremde Handlung zu ſchwören genöthigt werde[7]). Es beſtätigt ſich dies auch dadurch, daß Juſtinian bei dem Eide, welchen er dem Erben über eine ihm vom Erblaſſer gemachte formloſe Vermächtnißauflage, alſo über einen Act wobei dieſer Erbe Theilnehmer war, zu deferiren geſtattet, der Relation überall nicht gedenkt[8]). In Anſehung des nicht in jus concipirten, die Stelle der Litisconteſtation nicht vertretenden Eides ſtimmt alſo das römiſche Recht in dieſer Beziehung mit dem germaniſchen überein, wenn auch letzteres nur ausnahmsweiſe dem Kläger die Wahl zwiſchen Eidesforderung und Beweisführung geſtattet[9]) Der Eid einer Perſon über die Aechtheit

---

7) L. 11. §. 2. D. de act. rer. amotar. 25. 2. — Dies wird denn auch auf Eidesdelation über einen Diebſtahl angewendet: L. 12. D. eod. Daß niemand über ſein eignes Delict den Eid deferiren (?) oder referiren könne, iſt die Regel, welche Schmid Handb. I. §. 68. S. 183. II. §. 161. S. 344. not. 5. hieraus ableitet; und ob die Beſtimmung in c. 36. X. de jurejur. 2. 24., daß der mit einer actio famosa (wohin aber die rerum amotarum actio eben nicht gehört) Beklagte nicht referiren könne, aus jenen römiſchen Beſtimmungen (vgl. Gensler in dieſem Arch. II. S. 30. not. 10), oder aus dem germaniſchen Reinigungseide (Barth, a. a. O. S. 56 not. 60.), gefloſſen, dürfte ſchwerlich zu entſcheiden ſein. Sie iſt aber handgreiflich verunglückt, und geht in dem allgemeinen Grundſatze praktiſch auf, zu deſſen Beſchränkung auf Delicte um ſo weniger ein Grund vorhanden iſt, als ſich von ihm auch anderweitige Spuren finden.

8) L. ult. C. de fideicomm. 6. 42. Da der Eid auf die wirkliche Kundmachung der Auflage von Seiten des Erblaſſers an den Erben gerichtet werden muß, indem dieſer Umſtand hier vorausgeſetzt wird (vgl. v. Bangerow, Leitf. II. S. 463), ſo ergibt ſich das Verhältniß einer Theilnahme des letztern an der Handlung von ſelber (Vgl. Glück a. a. O. XII. S. 279) Es würde aber auch dann nicht ausgeſchloſſen ſein, wenn die bloße Erlangung der Kunde jener Kundmachung gleich ſtände. (Vgl. not. 17.)

9) So z. B. bei der Vindication von Mobilien mit ſchlichter An-

einer von ihr angeblich ausgestellten Urkunde, der auch dem römischen Prozesse nicht fremd ist [10]), muß also auch hier schon als ein nicht referirbarer gegolten haben. Wir können also nicht seine Entstehung, sondern nur seine Erhaltung unserer Praxis zuschreiben, die allerdings insofern als ein besonderes Moment hervortritt, als bei allen anderen Eiden über thatsächliche Momente im Widerspruche mit den gemeinrechtlichen Quellen die Relation zugelassen zu werden pflegt. Das erklärt sich aber schon daraus, daß er gewöhnlich in ein dem Beweiserkenntnisse nachfolgendes Proceßstadium fällt, und dadurch eine Stellung erlangt, die der eines Schiedsmittels nicht entsprechend ist, und daß, wo dieß nicht der Fall, regelmäßig der besondere Executivproceß stattfindet [11]). Namentlich ist eine Stelle des Westgothischen Gesetzes, welche man zuweilen hierher bezogen hat [12]), in der That nur eine Modification desjenigen, was im römischen Rechte bereits begründet ist. Nach röm. R. ist nemlich die Wahl zwischen Schriftvergleichung und Eideszuschiebung über die Aechtheit dem angeblichen Aussteller selber gegenüber zulässig; letztere findet aber gegen seine Erben nicht Statt, wohl aber erstere. Denn die Handlungen des Erblassers gelten in Beziehung auf den Erben schlechthin als fremde [13]), nicht aber seine Rechtsverhältnisse [14]). Hier hat nun das Westgothische Gesetz den Kindern des angeb-

---

sprache in Ansehung des Besitzes des Beklagten. Verm. Sachsen-Sp. IV. d. 2—4. Vgl. m. Aufs. in der Zeitschrift für deutsch. Recht V. H. 1. §. 1. not. 27. Vgl. auch unten not. 19.

10) Nov. 18. c. 8.

11) Hier findet Malblanc l. c. §. L. p. 183. seinen eigentlichen Satz, und betrachtet ihn als stillschweigend angetragen, wenn keine anderen Beweismittel zur Hand genommen sind. Im ordentlichen Prozesse dahingegen ist er ihm referirbaren Schiedseid. Auch Barth, a. a. O. S. 62. 63. läßt ihn nach Umständen verschiedene Eigenschaften annehmen.

12) Z. B. v. Linde, Lehrb, §. 288.

13) Arg. L. 11. §. 3. D. cit.

14) Vgl. oben §. 5. not. 8.

lichen Ausstellers die Verpflichtung aufgelegt, einen Calumnieneid gegen Verfälschung zu leisten, ehe der Gegner zur Schriftvergleichung genöthigt werden kann.[15]) Das ist aber keineswegs der s. g. Diffessionseid selber. — Von der quellenmäßig begründeten Unzulässigkeit der Delation des Eides über eigne Handlungen des Delaten oder solche, bei denen er ihrem Wesen nach Theilnehmer gewesen sein muß, ist aber, in der Consequenz der practischen Verallgemeinerung der Relation, dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Deferent sie selber wahrgenommen haben kann, und seine eigne Wahrnehmung behauptet hat, so daß sie in Beziehung auf ihn die Eigenschaft der facta aliena verloren haben[16]); eine Ausnahme die bei inneren Handlungen des Delaten nie eintreten kann. — Den eignen Handlungen des Delaten können aber bloß von ihm wahrgenommene Thatsachen nur in der Thatsache der Wahrnehmung gleich stehen. Allein da für die die Folgen der Wahrnehmung nicht, wie für die eignen Handlungen, eine Verantwortlichkeit besteht, weil sie kein Act des Willens, sondern nur der Empfindung ist, so fällt der Grund, welcher zur Einlassung auf die Delation des Eides über eigne Handlungen nöthigt, hier hinweg[17]); und eine Delation über sie muß also abgelehnt werden können[18]). Aeltere deutsche Quellen erklären indeß denjenigen, gegen den

15) L. Visigoth. II. t. 5. §. 17.

16) Vgl. Malblanc l. c. §. XLIX. p. 178. LVII. p. 206.

17) Auf dieser Ansicht dürfte auch der art. 1359 des Code civil beruhen, welcher nur über eigne Handlungen des Delaten die Delation gestattet; wiewohl eine Delation über die Kenntniß anderer Thatsachen dennoch zuläßt: Toullier droit civ. X. p. 302. — Für den Fall, wo eine fremde Thatsache den Delaten zu verpflichten geeignet ist, würde dies auch der Vorschrift des Gesetzes nicht entgegen sein, weil er dann in der That Theilnehmer derselben geworden wäre (vgl. oben not. 8).

18) Vgl. auch Barth, a. a. O. S. 46. — Einen sogenannten Wahrnehmungseid, ein juramentum de perceptione, kann man also nicht, mit Schmid, Handb. II. §. 163. not. 1. 2., als zur Delation geeignet ansehen.

ein Anſpruch auf fremde Handlungen gegründet wird, dann für ſchwurpflichtig, wenn ſein Gegner behauptet, daß er Kunde von dieſem Anſpruche erlangt habe [19]). Eben ſo geſtattet das ältere Sächſiſche Prozeßrecht eine Delation über andere, als eigne Handlungen des Delaten dann, wenn der Deferent ihm die „Sache" nicht bloß ins „Gewiſſen" ſchiebt, ſondern daneben auch „in ſeine Wiſſenſchaft und Wohlbewuſt geſtalt" [20]). Dieſe particuläre Vorſchrift kann indeß hier nur dazu dienen, die Fortdauer jener ältern Anſicht zu zeigen; und wenn wir dieſe als gemeinrechtlich betrachten, ſo läßt ſich durch ſie die Forderung eines Eides über das Nichtwiſſen fremder Handlungen rechtfertigen. Denn die in Anſpruch genommene Perſon ſoll die Wiſſenſchaft, der ſie beſchuldigt iſt, entweder anerkennen und dann zur Erfüllung gehalten ſein, oder ſie ſoll ſie läugnen und dann ſtatt der Erfüllung ſchwören [21]). Darnach wird nun nicht mehr von ihr gefordert ſein, als der Eid: daß ſie nichts von dem Anſpruche wiſſe; der in Beziehung auf natürliche Thatſachen angemeſſen dahin modificirt wird: daß ſie dieſelben wahrgenommen zu haben ſich nicht erinnere. — Dieſer Eid kann aber, auch abgeſehen davon, daß ſein Gegenſtand ſchon die Relation ausſchließen muß, als ein deferirter im Sinne des römiſchen Rechts, und als ein Beweismittel, deßhalb nicht angeſehen werden, weil das germaniſche Recht überhaupt den, referirbaren, Eid in jenem Sinne, und dieſe Bedeutung des Eides, nicht kennt [22]). Als

19) Sächſ. Ld.-Recht I. 6. §. 3. „Svat aver en man weit, des ne darf man in nicht inneren mit getüge, of de man ſines gelüges wil afgan, unde en ſcüldeget to lantrechte oder to lenrechte umme ſine witſap; der ſal he bekennen unde leſten, oder beſaken unde darvore ſveren."

20) Alte Sächſ. Proz. Ordn. Tit. 18. Carpzow: proc. jur. tit. XI. art. 1. p, 285. Verwerflich erklärt dieſe Unterſcheidung auf den Grund der Verwerflichkeit des Glaubenseides: Malblanc l. c. §. XLIX. p. 135; und neuere Sächſ. Prozeßordnungen heben ſie auf. S. Gensler in dieſ. Arch. II. S. 18. not. 26.

21) Vgl. oben not. 19.

22) Der Sächſ. Proceß ſchließt indeß die Relation nicht aus, wenn

Schiedsmittels über den Rechtsanſpruch galt er aber allerdings. In dieſer Eigenſchaft kann er aber im heutigen Prozeſſe nicht in Betracht kommen, weil hier, ſofern ein Eid dieſer Art zugelaſſen wird, er nur der referirbare Eid des römiſchen Rechts ſein kann. Ueberdieß iſt aber ein Eid über bloßes Nichtwiſſen ſchon ſeinem Gegenſtande nach ſo wenig zu einem Schiedsmittel als zu einem Beweismittel geeignet, wenn ihn nicht poſitive Vorſchrift dazu conſtituirt. Er kann alſo nie genügen, wenn der Delat auf die Delation ſich einlaſſen mußte, oder ſich einließ[23]); ſondern nur dazu dienen die Ablehnung einer Eidesdelation zu rechtfertigen. Daß das römiſche Recht, wenn es dahin gelangt wäre eine Eidesdelation über natürliche Thatſachen auszubilden, denſelben Eid zu demſelben Zwecke angewendet haben würde, zeigt ſich darin, daß es einen ſolchen Eid von dem Zeugen fordert, wenn er ſich durch das Vorgeben der Unwiſſenheit von der Ausſage befreien will[24]). Es frägt ſich aber ferner, ob der Delat in Anſehung fremder Thatſachen nicht, wenn auch nur unter Umſtänden, genöthigt werden könne, ſein Nichtglauben zu beſchwören; ein Eid, den man auch als Glaubenseid zu bezeichnen pflegt[25]). Dieſe Nöthigung würde vorausſetzen, daß Derjenige, welcher Umſtände kenne, aus welchen auf das Daſein von ihm ſelber nicht wahrgenommenen Thatſachen geſchloſſen werden könne, entweder auf die Delation eines poſitiven Eides über dieſe Thatſachen ſich einlaſſen, oder aber dieſelbe als juridiſch gewiß

---

er auch den Eid als eigentliches Beweismittel nicht anſieht. Vgl. oben §. 4. not. 5. a. E.

23) Denn für einen ſolchen Gebrauch muß man ſeine Irrelevanz (Bernhard vom Eidesantrage über fremde Handlungen) allerdings zugeben.

24) L. 16. C. de testibus 4. 20. . . . „Constitutio jubet . . . unumquemque cogi testimonium perhibere de his, quae novit, cum sacramenti praestatione, vel jurare se nihil compertum habere.“ . . . (alſo nicht: se nihil comperisse).

25) Vgl. oben §. 8. not. 6.

gegen sich gelten lassen müßte. Denn hätte er diese Obliegenheit nicht, so wäre kein Grund vorhanden, ihn zu einem Eide darüber zu nöthigen, daß er solche Umstände nicht kenne; was ja der Sinn eines solchen Eides über das Nichtglauben wäre. — Kann er indeß nicht mit Sicherheit referiren, so kann von einer solchen Obliegenheit eben so wenig die Rede sein, als von der Forderung eines Eides über das Nichtwissen. Im entgegengesetzten Falle kann aber wenn einmal überhaupt über solche Thatsachen ein Eid wirksam deferirt werden kann, der Eid über das bloße Nichtglauben nicht genügen. Denn in dem Umstande, daß hier ein eidesfähiger Deferent mit der Behauptung der eignen Wahrnehmung und unter dem Erbieten zur eventuellen Beeidigung derselben, aufgetreten ist, liegt ein positiver Grund für deren Wahrheit, den mau nur durch eine gleich positive entgegengesetzte Bekräftigung als elidirt betrachten kann. Der Delat kann aber hier wenn er nicht etwa selber mit der Behauptung eigner Wahrnehmung des Gegentheils auftritt, zum Wahrheitseide weder genöthigt noch zugelassen werden[45]; und so kommt es demnach noch darauf an, welche andere Art des Eides etwa den römischen Vorschriften über die Eidesdelation hier entsprechend ist.

§. 11.

Bei einer Delation des Eides über die Existenz eines rechtlichen Anspruchs, wo der Eid der Natur seines Gegenstandes noch immer nur Glaubenseid ist, kann die Befugniß des Delaten, durch seinen Eid den Eid des Deferenten zu verhindern, nie rechtlich ausgeschlossen sein, sondern nur die Gewissenhaftigkeit des Delaten ihn bewegen, sie dann unausgeübt zu lassen, wenn er von der Richtigkeit der Behauptung seines Gegners überzeugt ist. — Denn ob die hier allein in Betracht kommende subjective Ueberzeugung

---

26) Vgl. Glück, Erläut. d. Pand. XII. §. 799. S. 270.

des Schwörenden vorhanden ſei oder nicht, das iſt nur ihm allein erkennbar. Von einem Eide vom Wiſſen oder Nichtwiſſen in unſerm Sinne iſt dabei nicht weiter die Rede. Zwar wäre es allerdings auch bei einem ſolchen Eide möglich geweſen, je nach der Kenntniß des Schwörenden über die zum Grunde liegenden Thatſachen den Eid zu modificiren. Allein weil es hier nicht auf eigne ſinnliche Wahrnehmung ankam, ſo konnte, wie wir geſehen haben, der Mangel derſelben durch Erkundigung erſetzt werden, womit denn jeder Grund zur Unterſcheidung verſchiedener Arten von Eiden hinwegfiel. In unſerm Falle, wo der Delat nicht zum ſ. g. Wahrheitseide gelaſſen werden kann, weil er die Behauptung der eignen Sinnenwahrnehmung einer nicht von ihm herrührenden Thatſache nicht aufzuſtellen und zu beſchwören vermag, und ein Eid über das Nichtwiſſen oder Nichtglauben nicht genügen kann; iſt der einzige Ausweg die Ausübung jener Befugniß ihm möglich zu machen, der, ihm die Ableiſtung eines poſitiven Glaubenseides zu geſtatten. Der Eid daß er ſelber die fraglichen Thatumſtände nicht wahrgenommen habe, der allein noch denkbar wäre [1]), kann

1) Wenn man nicht etwa eine Zuſammenſetzung mehrerer Eide vornimmt, oder etwa einen Eid dahin fordert, daß der Schwörende „angewandten Fleißes ungeachtet nichts über die Sache erfahren können.“ Der letztere Eid findet ſich in Sachſen als Beſtandtheil des Eides über das Nichtwiſſen, und man hat bei den dortigen Verhandlungen über die Aufhebung des Glaubenseides (Sächſ. Kammerverhandl. bei Müller, Telegraph f. d. deutſche Geſetzkunde I. S. 485) ihm den Vorzug vor dieſem letzteren gegeben, weil er mehr Sicherheit gewähre indem der Meineid leichter erwieſen könne. Indeß kann ein ſolcher Eid doch nur dann von Relevanz ſein, wenn die erlangte Kunde irgend einen rechtlichen Einfluß hat; und ein ſolcher läßt ſich hier doch nur darin denken, daß ſie zur Leiſtung eines Glaubenseides verpflichtet. Denn zur Leiſtung eines Wahrheitseides kann doch nur die eigne Wahrnehmung verpflichten. Hebt man demnach den Glaubenseid auf, ſo iſt nicht einzuſehen mit welchem Grunde man noch einen ſolchen Eid fordern kann. — Den Beweis übrigens, daß der Schwörende dennoch Kunde

um so weniger genügen, als ein Eid über Nichtwahrnehmung der dem fraglichen Rechte zum Grunde liegenden Thatumstände ihn auch bei einem Eide über das Recht nicht von der Alternative zwischen Eid über seine subjective Ueberzeugung von der Unwahrheit der Behauptung des Gegners oder Relation des Eides an diesen befreien können. Durch welche Gründe der Schwörende sich in den Stand gesetzt findet, seine Ueberzeugung beschwören zu können, das muß seinem eignen Urtheile überlassen bleiben[2]; um so mehr als selbst die Fruchtlosigkeit geeigneter Erkundigungen dann dazu genügen kann, wenn Gründe vorhanden sind, die Achtung des den fraglichen Umstand behauptenden Gegners vor der Heiligkeit des Eides zu bezweifeln. Für die Zulässigkeit des affirmativen Glaubenseides an und für sich, und abgesehen von seiner Geltung als Beweismittel, so wie für die Pflicht ihn in unserm Falle zu leisten[3], redet auch der Umstand, daß der Ponat über fremde Handlungen seinen positiven Glauben eidlich auszusprechen hat[4]; und particuläre Gesetze, welche

---

von der Sache erlangen können, braucht dieser nicht zu fürchten; weil dieser keinen Meineid constituirt, sondern dieser vielmehr den Beweis voraussetzen würde, daß er Quellen gekannt, die ihm eine Kunde zu geben vermogt, oder wirkliche Kunde von der Sache selber gehabt habe.

2) Von dem Falle, wo jemand nicht bloß einige Gründe für die Wahrheit eines Umstandes hat, sondern vielmehr genügende, aber nur der eignen Wahrnehmung sich nicht erinnert, versteht das Glauben hier Nettelbladt Rechtssprüche des Ober-App.-Gerichts zu Parchim Bd. IV. Nr. LXX. S. 120. §. 16. Allein darüber, wenn das eine oder das andere der Fall ist, ist eine Controle unmöglich.

3) Vgl. oben §. 8. not. 6.

4) J. R. A. §. 49. 50. Vgl. K. G. O. I. 71. III. 15. §. 4. Hierauf, auf den generellen Calumnieneid, auf den Eid der Compurgatoren (vgl. oben §. 2. not. 5.), den Eid der Erben oder Bürgen eines verstorbenen Schuldners, den dieser selber zu schwören gelobte (Sächs. Ld.-R. III. 11), und auf den Eid des Singularsuccessors eines Lehnsherrn in Ansehung der Klage aus einer Investitur des Anteceſſors: se non credere investituram

dem Deferenten es in allen Fällen zur Pflicht machen, de veritate zu ſchwören, den Delaten alſo für alle Fälle eine ſichere Relation bereiten, fordern in allen Fällen in Anſehung der vom Deferenten behaupteten Thatſachen den Eid des Delaten nach ſeinem Wiſſen und Erinnern [5]). Abgeſehen von der darin liegenden Tautologie [6]), und davon, daß dieſe Faſſung des Eides ihn von einem Eide über das Nichtwiſſen nicht genügend unterſcheidet [7]); iſt dieſe Vorſchrift dem gemeinen Rechte ganz gemäß, ſobald man nur die angeblich eignen Handlungen des Delaten davon ausnimmt. Die Formel: daß er nicht anders wiſſe noch glaube, als daß das Gegentheil von der Behauptung des Deferenten wahr ſei [8]),

---

factam esse (II. F. 58. §. 2.). pflegt man ſich für die Zuläſſigkeit des Glaubenseides zu berufen. Vgl. Nettelbladt a. a. O. S. 119. §. 14. Rühl a. a. O. S. 328 ff.

5) Oeſterr. Allg. G. O. §. 206. Galiz. G. O. §. 279. Rizy a. a. O. S. 78. ff. 124 ff. Vgl. oben §. 9. not. 8.

6) Rizy a. a. O. S. 141.

7) Die Controverſe darüber, ob dieſer Eid ein bloßes juramentum de ignorantia oder ein juramentum de credulitate ſei (Rizy a. a. O. S. 79 ff), erſcheint unpractiſch. Denn da hier der Delat immer tutus per relationem iſt, ſo muß er dann, wenn er gar keine Gründe für oder gegen die Wahrheit der Behauptung hat, referiren; wenn er nicht etwa gewiſſenlos jenen Eid ſchwören will. Das Geſetz dürfte durch dieſe Beſtimmungen das Abſchneiden jeder Frage über die Kunde des Delaten bezweckt haben; ein Abſchneiden, welches unumgänglich nothwendig iſt, um eine feſte Grundlage für das Verfahren der Eidesdelation zu gewinnen. A. M. Rizy a. a. O. S. 79 ff. S. 131 ff. — Aehnliche Formeln werden auch ſonſt, als mit der Formel: ſo viel er glaube, gleichbedeutend, genannt: vgl. Zoesius ad tit. de jnrejur. 2. 12. Brunnemann ad L. 3. de jurejur. Geſterding Nachſ. VI. 1. S. 138. ff., welcher letztere indeß einen ſolchen Zuſatz für unerheblich erklärt.

8) So faßt ſie: Eſtor gründlicher Unterricht von geſchickter Abfaſſung der Urtheile §. 511. S. 198. Beſſer erſcheint die Formel: wie er nicht anders wiſſe, auch glaube, und dafür halte; bei Hommel deutſcher Flavius, Ausg. von Klein, I. S. 320, oder, mit Vermeidung der Tautologien, die Formel: daß er

erſcheint inſofern dem Weſen dieſes Eides entſprechend, als in ihr der Sinn gefunden wird, daß die poſitive ſubjective Ueberzeugung nicht von der Kunde von Umſtänden begleitet iſt, welche ſie aufzuheben im Stande ſind[9]). Eine Unterſcheidung von Thatſachen in Anſehung deren der Delat in der Lage geweſen ſei Kunde zu erhalten, und ſolcher hinſichtlich welcher dies nicht der Fall ſei[10]), fällt dabei ſchlechthin hinweg[11]). Zwar würde ſie, da man die Forderung eines Eides über das Nichtwiſſen, auch da nicht für ausgeſchloſſen halten kann, wo jede Einlaſſung auf die Delation ſelber abgelehnt werden darf[12]), dahin führen, daß der Delat mit dieſem Eide bei Thatſachen des zweiten Falles ſich von jener Einlaſſung befreien könnte. Allein dann würde die Wahl dieſer Befreiung ganz von ſeiner Willkühr abhängen, ſobald er nur keine Erinnerung eigner Wahrnehmung hätte[13]). Denn wenn ihm in dieſem Falle auch jede poſitive ſubjective Ueberzeugung von der Unwahrheit der gegneriſchen Behauptung fehlte, würde er über ſein Nichtwiſſen

---

glaube, oder: daß er überzeugt ſei: vgl. Gensler in dieſ. Arch. II. S. 35. —

9) Man kann das indeß auch ſo verſtehen: daß er nicht wiſſe oder glaube, daß die Behauptung des Deferenten wahr ſei; und dann geſtaltet dieſe Formel den Eid zu einer bloßen Verſicherung des Nichtwiſſens und Nichtglaubens. So bei Eſter a. a. O., der dieſe negative Formel eben ſo wie Hommel a. a. O. die not. 7. genannte affirmative, als die das juramentum „de credulitate“ aufſtellt.

10) Z. B. Rizy a. a. O. S. 78. Glück, Erläuter. d. P. XII. §. 799. S. 270.

11) Vgl. oben not. 6.

12) Vgl. oben §. 10. not. 19 ff.

13) Nach Glück a. a. O. S. 270. würde indeß der Deferent über fremde Handlungen, über welche der Delat nichts mit Gewißheit wiſſen kann, einen Glaubenseid fordern können, und nur wenn er ſich damit nicht begnügen wollte, ein Eid vom Nichtwiſſen ſtattfinden. Allein dem Deferenten kann man eine ſolche Willkür doch eben ſo wenig geſtatten.

mit voller Gewiſſenhaftigkeit ſelber ſchwören können; während er, wenn jene Unterſcheidung keine Beachtung fände, und er ſeine ſubjective Ueberzeugung zu beſchwören hätte, bei gleicher Gewiſſenhaftigkeit zur Relation genöthigt geweſen wäre. Der Stellung der Partheien dürfte nun jenes erſtere Reſultat der willkürlichen Wahl des Eides über das Nichtwiſſen keineswegs entſprechen. Dennoch aber würde der Delat es durch ſeine einfache Erklärung nicht in der Lage geweſen zu ſein, von dem fraglichen Umſtande Kunde zu erhalten, herbeiführen. Und wollte man ſeinem Worte nicht glauben, ſo könnte nur den Deferenten [14]) der Beweis treffen, daß er, der Delat, ſich einer ſolchen Lage erinnere oder die erforderliche Kunde ihm beiwohne [15]); durch welchen Beweis er dann den Delaten, falls er nicht referiren wollte, zum Wahrheitseide nöthigen könnte, ſofern nach dieſer Beweisführung noch von einem Schwure die Rede ſein dürfte. Allein jene Kunde kann überall nicht Gegenſtand einer eigentlichen Beweisführung ſein. Denn die bei inneren Thatſachen allein anwendbare künſtliche Beweisführung iſt hier deßhalb unmöglich, weil es auf die gegenwärtige Kunde ankommt, in der Gegenwart nur Prämiſſen aus der Vergangenheit zu Gebote ſtehen, das Vergangene aber nie einen beweiſenden Schluß auf die ſpätere Kunde begründen kann. Denn die Kunde hat keine dauernde Natur, ſondern beſteht nur in dem vorübergehenden Acte der intellectuellen Reproduction, und von der bei juridiſchen Momenten anwendbaren ſ. g. Vermuthung für die Fortdauer kann hier eben ſo wenig die Rede ſein, als z. B. von dem, der erwieſenermaßen vor 10 Jahren getanzt hat, vermuthet werden kann, daß er ſeitdem

14) Vgl. Haimerl, Zeitſch. f. oeſt. Rechtsgelehrſamkeit Jgg. 1835. S. 170 f.

15) Der Beweis, daß der Delat in der Lage geweſen ſei ſich Kunde zu verſchaffen, den auch durch beſondere Eidesdelation zu erledigen zuläſſig ſein ſoll (Rizy a. a. O. S. 81. 82.), iſt offenbar irrelevant: da es doch nur darauf ankommen kann ob ihm, und zwar jetzt, die Kunde beiwohnt.

fortwährend tanze. — Die Fortdauer eines Beſitzes kann man vermuthen, nicht aber die Fortdauer von Beſitzhandlungen. — Und wenn der Delat ein poſitives Factum zu beſchwören hätte, wie wäre es da möglich ſeine Kunde von demſelben zu erweiſen, ohne zugleich dieſes ſelber und damit die Unwahrheit der gegenſeitigen Behauptung des Deferenten darzuthun? womit denn dieſer ſelber gegen ſich bewieſen und jedes Eidesverfahren unmöglich gemacht haben würde. Und würde der Deferent erweiſen die Kunde des Delaten ſei eine unrichtige, ſo würde dazu der Beweis gehören, daß das Gegentheil, welches der Delat behaupte, wahr ſei: was in Anſehung des Eidesverfahrens wiederum gleiches Reſulat hätte. Bei einem negativen Factum könnte ferner, wenn man einmal von der Unmöglichkeit des Beweiſes der gegenwärtigen Kunde abſieht, das Thema doch nur dahin lauten: daß es dem Delaten erinnerlich ſei, zu der Zeit, als das entgegengeſetzte, vom Deferenten behauptete Factum geſchehen ſein ſolle, den angeblichen Ort oder die angeblichen Urheber deſſelben ſo beobachtet zu haben, daß er das Factum, wenn es geſchehen, ſelber wahrgenommen haben müßte. Denn nur dann wäre er in der Lage de veritate zu ſchwören. Da er aber dieſe Kunde als eine richtige nicht ohne die Beobachtung und dieſe nicht ohne den Inhalt der in Folge derſelben gemachten Wahrnehmung darthun könnte; ſo würde man hier zu demſelben Reſultate gelangen, wie in dem Falle, wo der Delat eine Affirmation beſchören ſoll. Auf die Möglichkeit des Wiſſens darf alſo gar kein Gewicht gelegt werden, wenn man nicht den Deferenten in eine nachtheiligere Stellung ſetzen will, als er ſie bei dem Schwur über das Recht haben würde; und daß man um dieß zu vermeiden, den Glaubenseid beibehält, iſt um ſo weniger verwerflich, als der Eid den gemeinrechtlichen Quellen nach als Eid über das Recht eben in ſeiner urſprünglichen Beſchaffenheit ein ſolcher iſt. Der Wahrheiseid und der Unwiſſenheitseid können ihn nur da verdrängen, wo ſie nicht allein der Natur des fraglichen Umſtandes, ſondern auch der Beziehung nach, in welcher der

Behauptende ſich oder ſeinen Gegner zu demſelben geſetzt hat, anwendbar oder ausreichend erſcheinen. Demnach iſt einzig und allein darauf zu ſehen, ob der Deferent entweder die Urheberſchaft des Delaten, oder ſeine eigne Wahrnehmung oder Urheberſchaft, oder beide Beziehungen, oder aber keine derſelben, behauptet hat. — Ein Fall findet ſich indeß in den Quellen, wo der Glaubenseid dahin gefaßt erſcheint: daß der Delat keinen Grund habe die Behauptung des Deferenten für wahr zu halten; wo er alſo nicht auf das Daſein einer ſubjectiven Ueberzeugung von der Unwahrheit dieſer Behauptung, ſondern auf den Mangel einer ſolchen Ueberzeugung von der Wahrheit derſelben gerichtet iſt. Dies iſt der Fall wo gegen den Succeſſor eines Lehnsherrn aus einer angeblich von ſeinem Vorgänger ertheilten Inveſtitur geklagt wird [16]), und wo wir, nach der Beſchaffenheit des Acts der Inveſtitur, davon ausgehen müſſen, daß die Behauptung deſſelben von Seiten des Klägers zugleich die Behauptung der eignen Wahrnehmung deſſelben, oder doch der Handlungen, welche ſeine Subſtanz bilden, involvire. Allein hier, in einer germaniſchen Quelle, darf man nicht davon ausgehen, daß von einem referirbaren Eide die Rede ſei. In der einfachen Behauptung des Klägers konnte alſo kein beſonderer Grund für deren Wahrheit erblickt werden, deſſen Beſeitignng die Oppoſition einer entgegengeſetzten poſitiven Ueberzeugung erheiſcht hätte; wie es der Fall geweſen, wenn er ſie auf Verlangen zu beeidigen genöthigt geweſen wäre. Ueberdieß hätte aber auch der Beklagte, wenn bei ihm eine ſolche poſitive Ueberzeugung ſich nicht gebildet hätte, auf die unbeſchworne Behauptung des Klägers hin unterliegen müſſen, wenn der Eid über ſeinen Mangel an Ueberzeugung nicht genügt hätte. Auf einen referirbaren Eid kann dieſer Ausſpruch demnach gar keine Anwendung leiden, und der in ihm enthaltene Eid gehört in die Claſſe des Eides über das Nichtwiſſen, in dem das: non credere, ſtatt das:

16) Vgl oben not. 4. —

nescire, nur deßhalb gewählt erscheint, weil bei dem Eide der Quellen es sich überhaupt nur um subjective Ueberzeugung handelt. Eine besondere Verpflichtung des Erben, über Handlungen seines Erblassers einen Glaubenseid zu schwören kann demnach aus dieser Vorschrift nicht abgeleitet werden; und sie ist dazu um so weniger geeignet, als es keinesweges ausser Bedenken ist, daß hier in der That ein Schiedseid gemeint sei. [17]).

Gänzliche Verbannung des Glaubenseides in Ansehung natürlicher Thatsachen würde beim deferirten Eide zwar möglich sein, wenn man in allen Fällen, wo er nicht eigne Handlungen des Delaten beträfe, das juramentum ignorantiae desselben genügen ließe; und da die Zulässigkeit einer Eidesdelation über bloße Thatsachen in den gemeinrechtlichen Quellen in der That nicht im weitern Umfange gestattet ist, so würde dies vollkommen gerechtfertigt seyn, sobald man nur aufhörte die gesetzlichen Normen für die Eidesdelation über das Recht auch für jene Eidesdelation als maßgebend zu betrachten. Beim richterlich auferlegten Eide kann aber der Glaubenseid nicht entbehrt werden. Und der Schätzungseid ist der Beschaffenheit seines Gegenstandes nach immer nur Glaubenseid. —

§. 12.

Nach römischem Rechte, sagt man, habe der zugeschobene Eid die Natur eines Vergleichs [1]), und fügt zuweilen hinzu, daß ihm diese Eigenschaft nicht mehr beiwohne, indem er nun, als Beweismittel, Gewißheit erbringe [2]). Allein es könnte

---

17) Wahrscheinlich verhält es sich mit diesem Eide eben so, wie mit dem der Kinder über Urkunden ihrer Eltern im Westgothischen Gesetz. Vgl. oben §. 10. not. 15.

1) Malblanc l. c. §. XXXVIII. Claproth a. a. O. II. §. 320. Rizy a. a. O. S. 10—13.

2) Malblanc l. c. §. XLI. Rizy a. a. O. S. 15

doch auch dieſe Gewißheit immerhin auf einem Vergleiche ſich eben ſo gut gründen [3]), wie man die actio oder exceptio jurisjurandi als durch einen Vergleich begründet anſehen kann. Und da, wo der Eid kein eigentlich deferirter, ſondern ein durch freie Willkühr der Partheien vereinbarter war, da herrſchte bei den Römern dieſe Anſicht ohne Zweifel auch dann durch, wenn er nicht auf das Daſein eines Anſpruchs, ſondern auf eine juridiſche, und ſelbſt wenn er auf eine natürliche Thatſache gerichtet war [4]). Um indeß darüber abſprechen zu können, ob der zugeſchobene Eid in der eigentlichen Bedeutung neben der Bedeutung eines Beweismittels auch die eines Vergleichs haben könne; iſt es vor allen Dingen erforderlich, zu wiſſen, in welchem Sinne es zu nehmen iſt, wenn das römiſche Recht hier von einem Transacte redet. Es heißt, das jusjurandum faſſe eine Art des Transacts in ſich [5]), vertrete auch die Stelle der Zahlung [6]); die conditio jurisjurandi ſei eine conditio novandi delegandive [7]). Jenes wird einem Urtheile parallel geſtellt [8]), dieſe einem Prozeßverhältniſſe, einem judicium [9]). Dieſe Auffaſſung entſpringt, wie ſich dies namentlich in der Gleichſtellung des Schwures mit der Zahlung zeigt, aus einer Vergleichung des Eidesverfahrens mit dem judicium legitimum, oder viel-

---

3) Vergleich und Beweismittel nimmt auch an: Claproth a. a. O. Vgl. auch v. Linde a. a. O. §. 302. Barth a. a. O. S. 33 f. Schmid, Handb. II. §. 158. Auch Particularrechte haben Merkmale einer ſolchen Miſchung: Rizy a. a. O. S. 13. 14. Als ordentliches Beweismittel, welches in ſeinen Folgen mit dem Vergleiche Aehnlichkeit hat, betrachtet den Schiedseid: Gensler in dieſ. Arch. I. S. 157.

4) Vgl. L. 21. D. de dolo 4. 3. ... „per jusjurandum transactum videri“ . . ., oben §. 5. not. 18.

5) L. 2. D. h. t.

6) L. 27. D. h. t.

7) L. 26. §. 2. D. h. t.

8) L. 2. D. h. t.

9) L. 26. §. 2. D. cit.

mehr der Wirkungen beider; und paßt in ihrem ersten Theile nur für den Fall, wo der Eid die Stelle von Litiscontestation und Urtheil vertritt. Wo der Eid natürliche Thatsachen zum Gegenstande hat, ohne daß damit die freie Vereinbarung der Partheien verbunden ist, daß dieser Eid den ganzen Streit zwischen ihnen entscheiden solle [10]); fällt sie also in so weit hinweg. Der jurisjurandi conditio, d. h. der Lage in welcher die Abhängigkeit eines Umstandes von dem noch zu schwörenden Eide durch Acceptation oder Relation rechtlich begründet ist, wird jene Eigenschaft einer novandi delegandive conditio, nemlich eines Verhältnisses, durch welches eine Nothwendigkeit zu einer Novation begründet wird, aus dem Grunde beigelegt: quia proficiscitur ex conventione [11]). Allein ein solches Verhältniß kann sie bei einem auf natürliche Thatsachen gerichteten Eide ohne eine besondere Convention der Partheien über eine Beseitignng eines Streits über einen rechtlichen Anspruch nicht seyn; weil der Eid ohne eine solche hier kein neues Klagerecht oder Exceptionsrecht begründet. Das: habet et instar judicii, [11]) bleibt indeß auch hier anwendbar. Denn das Eidesverfahren ist auch hier ein solches, welches zu einer Entscheidung führt; aber immer über die Gewißheit einer natürlichen Thatsache. Es frägt sich nur, ob das: proficiscitur ex conventione, auch hier noch paßt. Daß das hierher gehörige Fragment auch die Eigenschaft eines judicium auf die conventio stütze, läßt sich aus dessen Fassung nicht entnehmen. Allein wäre dies auch der Fall, so würde das deshalb nicht entscheiden können, weil die römischen Quellen eine eigentliche Delation des Eides über ein natürliches Factum in der That nicht ausgebildet haben, und eine solche also, wenn an ihn hier überhaupt gedacht sein sollte [12]), als durch freie Convention hervorgeru-

---

10) So L. 39. D. h. t. vgl. L. 1. §. 2. D. quar. rer. actio non datur 44. 5. Schmid Handb. II. §. 158. not. 2.

11) L. 26. §. 2. D. h. t.

12) Dieß ist um so unwahrscheinlicher, als die jurisjurandi conditio

fen angeſehen werden muß [13]). Wenn aber einmal eine ſolche Nöthigung zur Eingehung einer jurisjurandi conditio in Anſehung eines ſolchen Factum anerkannt wird, ſo iſt der Umſtand, daß der Deferent hier anderweitige Beweisführung freiwillig aufgibt, nicht dazu geeignet die vergleichsmäßige Natur des Eides zu retten. Wohl aber könnte ein Verzicht darin liegen, der aber nothwendig vorausſetzte, das dem Deferenten in der That noch anderweitige Beweismittel zu Gebote geſtanden; und deſſen Wirkungen als ſolche überdieß abſorbirt werden würden, wenn die Benutzung dieſer Beweismittel auch durch die Prozeßlage in Folge des Ablaufs einer peremtoriſchen Beweisfriſt oder des Ergehens eines Endurtheils ausgeſchloſſen würde. Allein ſo wenig man nach dem Bisherigen mit dem römiſchen Rechte in Widerſpruch tritt, wenn man dem Eide der in Rede ſtehenden Art die Eigenſchaft eines Transacts abſpricht, ſo wenig entſteht ein ſolcher Widerſpruch, wenn man ebenfalls einen ſolchen Verzicht läugnet; da Juſtinian dem Deferenten die Vertauſchung der Eidesdelation mit Beweisführung auch dann noch geſtattet, wenn der Delat den Eid bereis acceptirt hat [14]). Wenn man aber dennoch heutzutage Grundſätze über den Gebrauch des Eides als Beweismittel aufſtellt, die als Conſequenzen der Eigenſchaft eines Transacts oder Verzichts erſcheinen, wie daß der bloße Prozeßprocurator ohne Specialvollmacht nicht zur Eidesdelation greifen, und nur derjenige, welcher auf das ſtreitige Recht zu verzichten befähigt ſei, ſich ihrer bedienen könne [15]); ſo entſteht die Frage, in-

---

als eine delegandi conditio bezeichnet wird; was ſie doch nur dann ſein kann, wenn der Eid die Stelle der Litisconteſtation vertritt, z. B. wenn er einem Procurator angetragen würde, der ſich freiwillig darauf einließe (L. 9. §. 5. L. 34. §. 3. D. h. t.)

13) Vgl. oben §. 6. und dieſen §. not. 4.

14) L. 11. C. de reb. cred. 4. 1.

15) Z. B. Claproth a. a. O. §. 320. v. Linde, Lehrb. §. 302. not. 11. Auch Partikulargeſetze fordern die Fähigkeit zum Ver-

wiefern eine ſolche Miſchung oder Doppelſeitigkeit juridiſch beſtehen könne. Denn will man nicht die ebengedachten Conſequenzen als rein poſitive Modificationen auffaſſen, ſo ſtellen ſich noch anderweitige Conſequenzen jener Eigenſchaft in Frage. Iſt nemlich das Greifen zum Eide Transact oder Verzicht, ſo kann auch ein Urtheil, welches auf das Reſultat eines Eides in Anſehung irgend eines Punkts, wenn auch nur einer Prämiſſe der Beweisführung, gebaut iſt, nicht weiter wirkſam ſein, als in Beziehung auf die Subjecte des Streitverhältniſſes (der lis): den Kläger und den Beklagten ſo wie deren Erben. Das Urtheil kann nicht allein kein jus machen [16]), ſondern auch für die Singularſucceſſoren, die Intervenienten, ſo wie für diejenigen, welche ſchon ihrer Wiſſenſchaft von dem Rechtsſtreite halber in Anſehung der Wirkſamkeit des in Folge vollſtändiger Streitdurchführung ergangenen Urtheils dieſen gleich behandelt werden [17]), ſofern ſie nicht etwa ſelber an dem Transact Theil genommen haben, keine res judicata erbringen. Denn die Wirkung eines Eides als Transact beſteht einzig und allein darin eine naturalis obligatio zu begründen oder aufzuheben [18]); und wenn nun auch dadurch, daß dieſe Wirkung durch actio oder exceptio realiſirbar iſt, ſie dem Effecte nach einer civilen Obligation oder einer Solution einer ſolchen gleichgeſtellt iſt, ſo bleibt ihre Wirkung doch immer eine obligatoriſche, alſo auf die Subjecte des obligirenden Acts und deren Erben beſchränkt. Bei Forderungsverhältniſſen haben nun zwar, weil ſie als ſolche nicht mehreren Subjecten in derſelben Beziehung,

---

gleichsabſchluß. So Oeſt. Ger. O. §. 203. Galiz. G. O. §. 275. S. Rizy a. a. O. S. 27. 36 ff.

16) Vgl. m. Identität und Connexität der Rechtsverhältniſſe. S. 402 ff.

17) Vgl. ebendaſ. S. 193 ff.

18) L. 95. §. 4. D. de solutt. 46. 3. „Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur.“

nemlich als mehreren Verpflichteten oder Berechtigten, gemeinſam ſein können[19]), Eid und Urtheil dem objectiven

19) Auch von correalen Obligationen gilt dieß, ſo daß die Wirkung des Urtheils, welches dem einen correus gegenüber ergangen iſt, ſich nie auf den andern correus erſtreckt (m. Identität §. 6. not. 18 a. S. 145. 146. not. 31. S. 152), wiewohl das in judicium deducere des einen activen correus allerdings gegen ſeinen correus wirkt (ebendaſ. §. 8. not. 43. S. 201), und jeder Act des einen paſſiven correus der als solutio wirkt, auch ſeinen correus liberirt (ebendaſ. §. 6. S. 144 ff. not. 18. a. S. 155). Das Gegentheil iſt in Beziehung auf den objectiven Beſtand, wie er im Gegenſatze zu einem ſubjectiven genannt wird, zwar neuerdings behauptet von Arnold, pract. Erört. H. II. S. 314. 315; allein unter Berufung auf Stellen die von solutio und dem was ihr gleich ſteht; und es ſcheint auch hier überhaupt nur eine theilweiſe Darſtellung des bereits Bekannten aus der Lehre von der res judicata beabſichtigt zu ſein, ſo daß eine bloße Bemerkung darüber genügen kann. — Zwar iſt jene Unabhängigkeit der paſſiven Correalobligation in Anſehung der Wirkungen des Urtheils gegen die bekannte Anſicht von Ribbentrop, nach welcher die Obligation paſſiver correi nur Eine iſt, und es ſind auch gegen meine Meinung Einwürfe erhoben bei v. Bangerow Leitfaden III. S. 69. 70. S. 93. 94. — Allein ſie ſind theils gegen eine Behauptung gerichtet, die ich nie aufgeſtellt habe, nemlich die, daß hier keine prozeßualiſche Conſumtion eingetreten ſei. Denn damit, daß nirgend geſagt ſei, daß die direete Conſumtion durch L. C. hier eintrete (Identität S. 152. not. 31), iſt um ſo weniger behauptet daß ſie, zu der Zeit wo es noch eine ſolche gab, auch nicht ſtattgefunden habe, als ich ſelber es hervorgehoben hatte, daß eine ſolche L. C. als Zahlung gewirkt daher die Klage gegen den Hauptſchuldner den Bürgen liberirt, und hinzugeſetzt „Daſſelbe galt dann auch wohl ohne Zweifel wenn von mehreren correaliter oder ſolidariſch Verpflichteten Einer in Anſpruch genommen war, wiewohl dies eigentlich nirgends beſtimmt und unzweideutig geſagt iſt" (Identität §. 6. not. 18 a. S. 142. 143). — Theils beſtehen ſie darin, daß es ein Mißverſtändniß ſei, den Ausdrücken: duae obligationes, und: duae species obligationis, in L. 5. D. de fidejussor. 46. 1. eine verſchiedene Bedeutung beizulegen. Es wird aber nicht geſagt warum; und wenn dieſer Einwand richtig iſt, ſo geht die ganze Einheit der Cor-

Umfange nach gleichen Effect. Bei dem römiſchen jusjurandum in jus conceptum war dies freilich anders, indem es der direct conſumirenden Litisconteſtation des judicium legitimum gleichgeſtellt war und als solutio galt; und daher der Eid des Beklagten alle diejenigen liberirte, die Liberation erlangt haben würden, wenn er Zahlung geleiſtet hätte [20]). Hier kann man nur eine Parallele zwiſchen Eid einerſeits und Litisconteſtation andererſeits ziehen, da richtiger Auffaſſung nach, das Urtheil hier nie auf das ſtreitige Verhältniß, die bei der in judicium deductio vernichtete obligatio, ſondern nur auf das dadurch entſtandene Streitverhältniß, die lis, einwirkt [21]). Wo aber die Litisconteſtation, wie im neueſten Rechte immer, das ſtreitige Verhältniß beſtehen läßt, und das Urtheil eine Exception gegen daſſelbe hervorruft; da iſt jene Gleichheit des Effects vorhanden [22]). Anders iſt

---

realobligation unrettbar verloren, weil: duae, doch nie: una, heißen kann. — Endlich iſt aber die eigentliche Bedeutung der Ausdrücke: ejusdem pecuniae, ejusdem debiti, ejusdem obligationis rei oder participes und der una obligatio (L. 38 pr. L. 54. pr. D. de admin. tut. 26. 7. L. 34. §. 1. D. de solutt. 46. 46. 3. L. 116. D. de V. O. L. 16. D. de acceptil. 46. 3. L. 3. §. 1. D. de duob. reis 45. 2), nemlich die der Identität des Objects in der Leiſtung, die juridiſch allein mögliche (Identität S. 45. not. 18 a.), die ſich aus den römiſchen Grundanſichten noch weiter nachweiſen ließe, wenn es deſſen hier bedürfte, bei v. Vangerow's Einwürfen gänzlich in den Hintergrund gedrängt. Daher muß ich bei der alten Anſicht beharren.

20) L. 28. §. 1. L. 42. pr. §. 1. D. de jurejurando 12. 2; m. Identität §. 6. not. 18. S. 143.

21) Die wiederholte Conſumtion des durch die L. C. conſumirten Verhältniſſes durch das Urtheil (Keller Litisconteſt. S. 199 —205. Zimmern röm. Civ.-Proz. §. 138. S. 418) iſt eine juridiſche Unmöglichkeit; und es bedarf einer ſolchen Idee zur Erklärung nicht, ſobald man ſich daran hält, daß die conſumirende Wirkung des Urtheils auf die lis geht. Vgl. Gaj. J. III. 180. . „sublata contestatione.“

22) Daß der Eid eine major auctoritas hat, als die res judicata (L. 2. D. h. t. 12. 2.) liegt in der Intenſität, nicht in dem Umfange ſeiner

dies bei Rechtsverhältniſſen von abſoluter Natur. Denn hier iſt eine Gemeinſamkeit inſofern möglich, daß das Rechtsverhältniß der einen Perſon Vorausſetzung für das Rechtsverhältniß der andern iſt [22]), eben ſo wie unter mehreren Rechtsverhältniſſen derſelben Perſon eine Beziehung ſtattfinden kann [23]). Daß nun der Eid über das, eine ſolche Vorausſetzung bildende, Rechtsverhältniß daſſelbe nicht conſtituiren könne, wohl aber ein Urtheil dieſe Kraft zu äuſſern im Stande ſei, iſt ausdrücklich entſchieden [24]). Daß aber der Eid über ein ſolches Verhältniß die Bedeutung eines Erwerbgrundes für daſſelbe, einer causa, habe; ſo daß er eine publicianiſche Klage [25]) und

---

Wirkſamkeit. Denn einmal ſind Rechtsmittel gegen den Eid ausgeſchloſſen. Anderntheils liegt aber ein Unterſchied zwiſchen dem Eide und der res judicata der neuern Zeit, nemlich der von keiner ipso jure conſumirenden Wirkung begleiteten des judicium quod imperio continetur, darin, daß jener ſeiner Natur nach immer eine causa für den Erwerb des anerkannten Rechts begründet, dieſe aber ihrer Natur nach, declaratoriſch iſt, und ſonach keine ſolche causa hervorruft, wohl aber unter Umſtänden unmittelbar jus macht. M. Identität §. 20. S. 405 ff.

23) Die derivativen Erwerbarkeiten und der Erwerb durch Acceſſion zeigen dies zur Genüge.

24) L. 14. D. de jure patronatus 37. 14. „Si juravero me patronum esse, dicendum est, non esse me, quantum ad successionem patronum: quia jusjurandum patronum non facit, aliter atque si patronum esse pronunciatum sit, tunc enim sententiae stabitur“. Daß der Grund darin liegt, daß der Eid, abgeſehen von der Forderung, die er gegen den libertus begründet, nur eine causa für den Erwerb des Patronatrechi hervorrufen könnte, wenn dieſes durch Beſtellung entſtehen könnte zeigen die nachfolgenden Stellen.—Eben ſo wirkt es nicht auf das Verhältniß des Kindes wenn deſſen Mutter ſchwört, daß es von dem erzeugt ſei, der zur Zeit der Conception deſſelben ihr Ehemann war (L. 3. §. 1—3. D. de jurejur. 12. 2), wohl aber wenn ſie ein Urtheil darüber erlangt (L. 1. §. 16. L. 2. L. 3. pr. D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3. m. Identität §. 20. S. 420 ff.)

25) L. 7. §. 7. D. de Publ. in rem act. 6. 2. Vgl. L. 9. §. 7. L. 10. D. de jurejur. 12. 2.

einen Erwerb durch Ersitzung begründe[26]), ist ebenfalls entschieden. Das ist aber eben die Bedeutung einer jeden Obligation, die sie neben ihrer Bedeutung als Forderungsrecht hat, aber auch wenn ihr diese Bedeutung (nemlich die Möglichkeit ihrer Geltendmachung durch actio oder exceptio) fehlt, als naturalis obligatio behält: daß sie dem aus ihr berechtigten Subject eine causa für den Erwerb ihres Gegenstandes gewährt[27]). Dahingegen ist die Wirkung der res judicata, die Sachlegitimation der Partheien vorausgesetzt, eine objective das Rechtsverhältniß selber afficirende, die auch jene dritten Personen (Singular-Successoren und Intervenienten so wie diesen gleichgeltende Personen) trifft; und daß die freilich nur zufällig mit dem Urtheil verbundene Wirkung jus zu machen einen gleichen Character hat, liegt zu Tage. Und wenn der Eid in der That Beweismittel ist, so kann man dem auf dem Resultate eines Eides gebauten Urtheile eine gleiche objective Wirksamkeit ohne Inconsequenz nicht absprechen. Daß das römische Recht über diesen Punkt keine Aussprüche enthalten kann, liegt nach dem bisher Ausgeführten zu Tage; und die gegebene Prozeßdoctrin ist hier aller juridischen Begründung so baar, daß ihre Aeßerungen zur Ableitung irgend einer Folgerung schlechthin nicht taugen. Auch das canonische Recht zieht man hier vergebens zu Rathe, wie sich das namentlich in der Contro-

---

26) L. 13. §. 1. D. de jurejur. 12. 2. Anders ist dies bei der neuern res judicata. Vgl. Danz, Zeitschr. für Civilrecht u. Proz. V. S. 273 ff., und die entgegengesetzte Ansicht bei Arndt's in dies. Arch. XIII. Nro XV.

27) Man braucht nur an die condictio indebiti oder sine causa zu denken, die entsteht wenn der Uebergang eines Guts von einer Person auf die andere ohne Verpflichtungsgrund eingetreten ist. Die Ansicht, daß der Wille des Verpflichteten zu erfüllen, der naturalis obligatio ihre Wirksamkeit gebe, und sie nur factisch (?) eine obligatio sei (C. Christiansen, zur Lehre von der naturalis obligatio [Kiel 1844] S. 35 ff.), stimmt damit nicht überein.

verſe über die Zuläſſigkeit der Eidesdelation über das Daſein eines Ehehinderniſſes zwiſchen ſolchen Perſonen, die den Act der Eingehung der Ehe mit einander vorgenommen haben, oder über das Daſein eines Eheſcheidungsgrundes zwiſchen Eheleuten zeigt, auf den die Frage über jene Eigenſchaft des Eides von weſentlichem Einfluß iſt. Denn der Gebrauch des Eides überhaupt in Eheſtreitigkeiten ohne Geſetz [28]) auszuſchließen, iſt eben ſo rechtlich unmöglich, als das freiwillige Abſtehen von einem ſolchen Streite zu unterſagen. Es frägt ſich nur um die rechtlichen Wirkungen; und wenn der Eid Transact iſt, ſo kann zwar der Richter das Nichtdaſein oder die Trennung einer Ehe nicht ausſprechen, wenn ein ſolcher Umſtand allein in Folge einer Eidesdelation hergeſtellt iſt, allein alle Folgen in Anſehung der Vermögensverhältniſſe und des Zuſammenlebens müſſen in der Art eintreten, als wenn das Nichtdaſein oder die Trennung der Ehe ausgeſprochen wäre, und nur die anderweitige Verheirathung kann den Partheien nicht geſtattet ſein; ſo wie auch in Anſehung der Familienrechte Dritter, die von dem perſönlichen Verhältniſſe der Ehe abhängen, dieſelbe als beſtehend betrachtet werden muß. — Das iſt das Reſultat der Anwendung der Grundſätze über ein Urtheil welches zwar eine gültige Condemnation oder Abſolution von dem Streitverhältniſſe, nicht aber den Effect eines Prozeßverhältniſſes in der eigentlichern und ſtrengern Bedeutung, die eigentliche res judicata, mit ſich führt [29]). Ein ſolches Reſultat kann auch nach canoniſchem Rechte um ſo weniger bedenklich ſein, als es im Falle der separatio perpetua immer eintritt. Die

28) Particuläre Geſetze dieſer Art gibt es: Oeſterr. Geſ. B. §. 99. 115. aber auch andere entgegengeſetzten Inhalts: Allg. Preuß. Ger. O. I. 10. §. 256.

29) M. Erörterungen zu Linde S. 82 ff. 94 ff. 336. 489 ff. — Umgekehrt wird auch dem, der geſchworen hat verehelicht zu ſein, auch dann, wenn das Urtheil die Ehe nicht anerkannt hat, eine anderweitige Heirath nicht geſtattet: c. 34. X. de jurejur. 2. 24.

Tendenz des canonischen Rechts die Wiederverheirathung des bereits Verheiratheten während des Lebens des andern Theils zu verhindern nimmt nun freilich in der deutschen Auffassung gewöhnlich die polizeiliche Richtung das Auseinandergehen der Ehegatten zu verhindern an, indem man von einem öffentlichen Interesse am Fortbestehen der Ehe redet [30]), was ohne wirkliches Zusammenleben in nichts zerfallen würde. Allein dergleichen Tendenzen kann man wohl durch singuläre Bestimmungen, nicht aber durch Anwendung normaler Prozeßgrundsätze erstreben. Ist aber der Eid Beweismittel, so muß auch jene Beschränkung hinwegfallen [31]) und selbst jene Tendenz des canonischen Rechts läßt sich ohne ein singuläres Gesetz nicht wahren. [32]). Abgesehen davon würde es diesem letzteren Gesichtspunkte indeß am angemessensten sein, das in Folge des Verfahrens der Eidesdelation ergangene Urtheil eben so zu behandeln, wie das auf das Resultat einer richterlichen Eidesauflage gebaute, und wegen neu aufgefundener Beweismittel dagegen Restitution zu gestatten, und Dritten, welche nicht an dem Verfahren Theil nahmen aber die res judicata anerkennen müssen dann, wenn sie erweisen können, daß die ihr Interesse mit vertretende Parthei wissentlich ihr zu Gebote stehende Beweismittel nach Uebereinkunft mit dem

30) Z. B. Gensler in dies. Arch. II. S. 36. 37.

31) Diejenigen, welche den Eid als Beweismittel betrachten, pflegen gegen seine Zulässigkeit kein Bedenken zu finden. Vgl. Schnaubert Grundsz. d. Kirchenrechts §. 257. not. c. Meister pract. Bem. II. nr. 1. Gensler a. a. O. S. 36 ff. Allein das Bedenken scheint geringer zu sein, wenn man ihn als Schiedsmittel betrachtet. — Neuerdings vertheidigt die Zulässigkeit der Eidesdelation: Uihlein in dies. Arch. XII. S. 15 f. Zeitschr. f. Civilr. und Proz. IX. S. 28 ff., und Bayer Vortr. S. 515 (289), wiewohl mit der Modification, daß hier die poena recusati nicht eintrete, weil nach c. 5. X. de eo qui cognoverit 4. 13. auch eine ausdrückliche confessio wirkungslos sei.

32) Manche verwerfen indeß hier den Eid: vgl. Linde, Lehrb §. 302. not. 11. a. E. und das. Cit.

Gegner unbenutzt gelaſſen hätte, diejenigen Befugniſſe einzuräumen, welche dem Principal für den Fall einer Colluſion des Procurators zugeſtanden ſind[33]). Ohne eine weitere Fortbildung durch die Praxis muß man aber dabei ſtehen bleiben: der deferirte Eid über natürliche Thatſachen iſt ein Schiedsmittel über die Bewieſenheit, er wird als Beweismittel gebraucht jedoch nur mit der Wirkſamkeit eines Transacts.

XII.

Beitrag zur Erörterung der Frage: welche Wirkung hat die Unterlaſſung der Beifügung einer Bedingung bei der Erbeinſetzung, die der Teſtator hinzufügen wollte. Verſuch einer Auslegung und Vereinigung der beiden Geſetzesſtellen.

l. 9. §. 5. D. de hered. inst. (28. 5.) und l. 8. Cod. de institut. et substitut. (6. 25.)

Von

Hrn. Obertribunalrath **Sarwey** in Stuttgart.

(Beſchluß des Aufſatzes Nr. V. im vorigen Heft.)

§. 9. Argumentation für die Auslegung der fraglichen Geſetzesſtellen aus allgemeinen Grundſätzen.

Die beſte Probe für das Reſultat einer zweifelhaften Interpretation iſt, wenn ſolche in einem vollkommenen und ungezwungen ſich ergebenden Einklang mit den einſchlagenden Rechts-Axiomen ſteht. Daß dieß bei unſerer Deutung der

33) Vgl. L. 7. §. 9. D. de dolo malo 4. 3. mit L. 9. D. de doli mali excep. 44. 4. indeß auch L. 8. §. 1. D. mandati 17. 1. L. 10. C. de proc. 2. 13.